Der Dispensationsbegriff auf dem Gebiete des deutschen Staatsrechts.

INAUGURAL-DISSERTATION,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit

Genehmigung der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

in der Aula Leopoldina der Universität

am 17. November 1900,

Mittags $12^1/_2$ Uhr

gegen die Herren Opponenten:

Dr. iur. **Alfred Orgler,** Referendar,
Gerhard Brie, Referendar,

öffentlich verteidigen wird

Julius Steinitz,
Referendar beim Kgl. Landgericht Breslau.

ACAD. LAND.BAT. BIBL.

BRESLAU
Verlag von M. & H. Marcus
1900.

Meiner lieben Mutter

und dem

Andenken meines teuren Vaters

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0081

Inhalt.

Seite

Einleitung. Feststellung des Untersuchungsobjekts. § 1. 7—8

I. Der Dispensationsbegriff.

1) Geschichtliches. § 2. 8—13

2) Feststellung des Begriffs der Dispensation. § 3. 13—20

3) Verhältnis des Dispensationsbegriffs zu verwandten Rechtsbegriffen.

a) Dispensation und Privileg. § 4. 20—28

b) Dispensation und Begnadigung. § 5. 28—39

Litteratur 39—41

Die vorliegende Dissertation ist der erste Teil (§§ 1—5) der Abhandlung: „Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt auf dem Gebiete des deutschen Staatsrechts", welche als Heft IV der „Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht" demnächst im Verlage von M. & H. Marcus in Breslau erscheinen wird.

§ 1.

Einleitung. Feststellung des Untersuchungsobjekts.

Die vorliegende Abhandlung behandelt ein vom Standpunkt der Wissenschaft des deutschen Staatsrechts sehr fruchtbares Gebiet. Der Gegenstand derselben ist ein Rechtsinstitut publizistischen Charakters, bezüglich dessen die meisten deutschen Verfassungen eine Lücke enthalten. Die Dispensation hat weder in der Verfassung des Deutschen Reichs, noch in der überwiegenden Mehrzahl der deutschen Partikularverfassungen — hierher gehört insbesondere auch die preussische — eine gesetzliche Regelung gefunden. Wer sich mit der Dispensation auf staatsrechtlichem Gebiete beschäftigt, hat daher eine weitergehende Aufgabe zu lösen, als dies bei der Behandlung von Rechtsinstituten, welche einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung unterzogen worden sind, der Fall zu sein pflegt. Für den Begriff der Dispensation ist das in der Wissenschaft Übliche massgebend, die für sie geltenden speziellen Normen müssen wir aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf dem Wege wissenschaftlicher Deduktion ermitteln.

Wir beschäftigen uns mit dem Dispensationsbegriff und der Dispensationsgewalt. Es wird also einerseits die Frage: was ist dispensieren? andererseits die Frage: wer kann (im rechtlichen Sinne) dispensieren? zu beantworten sein.

Wir bewegen uns auf dem Gebiete des deutschen Staatsrechts. Darin liegt ein Dreifaches. Zunächst ist der Rechtszustand auf dem Gebiete des deutschen Reichsstaatsrechts, sodann der auf dem Gebiete des gemeinen, oder, besser gesagt, des allgemeinen deutschen Landesstaatsrechts (d. h. des Staatsrechts derjenigen deutschen Einzelstaaten, deren Verfassungen die Dispensation nicht erwähnen), endlich der auf dem Gebiet der einzelnen deutschen

Partikularstaatsrechte, welche über die Dispensation ausdrückliche Bestimmungen enthalten, darzustellen.

Bezüglich des Dispensationsbegriffs lassen sich diese drei Punkte gemeinschaftlich behandeln, da keine deutsche Verfassung — auch nicht diejenigen, welche über die Dispensation ausdrücklich Bestimmung treffen — den Dispensationsbegriff definiert, mithin die bezüglich des letzteren anzustellenden Untersuchungen für alle deutschen Verfassungen die gleiche Geltung behaupten.

Bezüglich der Dispensationsgewalt lässt sich aus analogem Grunde die Besprechung des ersten und des zweiten Punktes vereinigen. Der dritte, minder wichtige Punkt, die die Dispensationsgewalt ausdrücklich regelnden Partikularbestimmungen, soll anhangsweise besonders behandelt werden.

Aus der Besprechung scheidet grundsätzlich aus das katholische und evangelische Kirchenrecht. Indessen erleidet dieser Grundsatz eine Ausnahme in zweifacher Hinsicht. Einerseits hat die rechtsgeschichtliche Entwickelung des Dispensationsbegriffs im deutschen Staatsrecht an die im Kirchenrecht angeknüpft; es muss daher auch die letztere in den Kreis der Betrachtung gezogen werden. Andererseits finden sich in der Litteratur des Kirchenrechts, in welchem die Dispensation von jeher eine viel grössere Rolle gespielt hat als im Staatsrecht, höchst wertvolle Erörterungen über die Dispensation, welche über das Gebiet des Kirchenrechts hinaus für das ganze öffentliche Recht Bedeutung haben, sodass sie auch bei einer Erörterung der Dispensation vom staatsrechtlichen Standpunkte eingehende Berücksichtigung finden müssen.

Die Abhandlung verfolgt vorwiegend einen dogmatischen Zweck. Sie soll in der Hauptsache, wenn ich so sagen darf, ein Beitrag zur Theorie der staatsrechtlichen Grundbegriffe, insbesondere des Gesetzesbegriffs und der Grenzen von Gesetzgebung und Verwaltung, sein.

§ 2.

I. Der Dispensationsbegriff.

1) Geschichtliches.

Der Dispensationsbegriff ist mit dem ganzen Rechtsinstitut der Dispensation bei der Rezeption des kanonischen Rechts in Deutschland in das deutsche Staatsrecht übergegangen. Die kirchen-

rechtlichen Grundsätze über die Dispensationsgewalt, welche im katholischen Kirchenrecht teils dem Papste teils den Bischöfen zustand, waren zwar für das deutsche Staatsrecht bedeutungslos. Dagegen hat sich der Dispensationsbegriff auf dem Gebiete des letzteren im wesentlichen so erhalten, wie er sich auf dem Gebiete des Kirchenrechts entwickelt hatte. Während daher die Entwickelung der Dispensationsgewalt, des Dispensationsrechts (im subjektiven Sinne) auf dem Gebiete des Kirchenrechts von uns nur kurz berücksichtigt werden soll[1]), ist die kirchenrechtliche Entwickelung des Dispensationsbegriffs für das deutsche Staatsrecht von ganz derselben Bedeutung, als wenn sie sich auf dem Boden des letzteren selbst vollzogen hätte, und muss daher auch an dieser Stelle nähere Beachtung finden.

Vorauszuschicken ist folgendes:

Die kirchenrechtlichen Werke vor der Zeit der Rezeption der fremden Rechte in Deutschland befassen sich mit der Dispensation in quantitativ ausgedehnter und qualitativ eingehender Weise. Für jedes andere auf dem Gebiete der Dispensation liegende Thema fände sich daher in diesen Quellen ein reiches Material, nur gerade für die Entwickelung des Dispensationsbegriffs ist die Ausbeute eine minimale. Da finden sich lange Ausführungen über die Dispensationsgewalt, ihre rechtliche Natur, ihre Ausübung und ihre Schranken (ius divinum), über Dispensationspolitik, d. h. den richtigen Gebrauch der Dispensationsgewalt, über die Gründe, aus denen Dispensation erteilt werden darf, über die kirchliche Dispensationspraxis in materieller und formeller Hinsicht und über die rechtsphilosophische Rechtfertigung des Institutes der Dispensation[2]). Nur über den Dispensationsbegriff schweigen die betreffenden Schriften völlig, er wird stets als feststehend vorausgesetzt[3]). Nur aus gelegentlichen Andeutungen, durch genaue Prüfung des juristischen und philosophischen Zusammenhanges, in dem von der Dispensation die Rede ist, und

---

[1]) Vgl. § 8.

[2]) Vgl. Anm. 4.

[3]) Verfasser hat eine grössere Anzahl kirchenrechtlicher Werke aus dem Mittelalter, z. B. die des Panormitanus, nach Material für die Entwickelung des Dispensationsbegriffs durchsucht, doch war der Erfolg im Wesentlichen ein negativer.

durch Vergleichung der verschiedenen Schriftsteller kann der Begriff der Dispensation, wie er damals massgebend war, ermittelt werden.

Dass eine derartige historische Arbeit, bei welcher ein ungeheures Material zu bewältigen wäre, über den Rahmen dieser, wie bereits hervorgehoben, wesentlich dogmatische Zwecke verfolgenden Abhandlung hinausgeht, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Wir müssen uns daher damit begnügen, die wesentlichen Etappen der geschichtlichen Entwickelung zu skizzieren[4]).

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass der Dispensationsbegriff ausschliesslich auf dem Gebiete des Kirchenrechts seine Ausprägung und Entwickelung erhalten hat.

Das römische Recht kannte zwar der Sache nach, wenn auch unter anderem Namen (liberatio u. a.), staatliche Willensakte, welche dem entsprechen, was heutzutage unter Dispensation verstanden wird[5]).

Allein die kirchenrechtliche Entwickelung hat an diese römischrechtlichen Institute nicht angeknüpft, vielmehr selbständig einen neuen Rechtsbegriff aufgestellt[6]), welcher sich dann zu dem entwickelt hat, was als Dispensationsbegriff in das deutsche Staatsrecht rezipiert worden ist.

v. Scherer hat die Ansicht ausgesprochen, der historische Ausgangspunkt für die kirchenrechtliche Dispensation sei die Absolution, d. h. die Lossprechung von kirchlicher und göttlicher Strafe nach abgelegter Beichte; dieselbe sei in manchen Fällen als nachträgliche Entbindung von einer kirchenrechtlichen Norm

---

[4]) Leider existiert bezüglich der Entwickelung des Dispensationsbegriffs im Kirchenrecht nur eine einzige eingehende Vorarbeit, nämlich Stiegler's „Dispensation und Dispensationswesen in ihrer geschichtlichen Entwickelung" (Archiv für katholisches Kirchenrecht, Jahrgang 1897, S. 3 ff., 225 ff., 529 ff., 649 ff., Jahrgang 1898, S. 91 ff., 645 ff.) Die modernen Lehrbücher schweigen fast durchweg über diese Entwickelung gänzlich. Bezeichnend ist, dass selbst Hinschius, der sonst die kirchenrechtlichen Institute gerade in geschichtlicher Beziehung in mustergültiger Weise zu behandeln pflegt, in seinen ausführlichen Darlegungen über den Dispensationsbegriff (Hinschius Kirchenrecht III, S. 789 ff.) der Geschichte desselben mit keinem Worte Erwähnung thut.

[5]) Jacobson in Weiske's Rechts-Lex. III, S. 451 ff.; Stiegler, Arch. f. kath. K. R. 1897, S. 15 ff.

[6]) Vgl. Stiegler a. a. O. 1897, S. 18 ff.

(dispensatio a posteriori) aufgefasst worden, und mit der Zeit sei neben dieser auch die im voraus gewährte Entbindung (dispensatio a priori) aufgekommen[7]). Ähnlich sieht v. Scheurl den rechtlichen Ursprung der Dispensation in der Gnadengewalt, dem „Gnadenschatz" der Kirche[8]).

Stiegler hat nachgewiesen, dass die Entwickelung eine ganz andere gewesen ist, dass sich nämlich der Dispensationsbegriff der heutigen Wissenschaft aus einem andern Begriff, der so allgemeiner Natur ist, dass er kaum noch als Rechtsbegriff gelten kann, sozusagen herausgeschält hat.

Die Dispensation ist danach so alt wie die Kirche selbst, der Dispensationsbegriff einer der urwüchsigsten kirchenrechtlichen Begriffe.

Im Anschluss an einen Sprachgebrauch mehrerer griechischer Philosophen und mehrerer Kirchenväter, welche als οἰκονμία — lateinisch: dispensatio (wörtlich: Leitung, Verwaltung Führung) — jede Abweichung der göttlichen Vorsehung von den Regeln, nach welchen der Mensch sein Verhalten einzurichten pflegt, ansehen[9]), verstand man in den ältesten Zeiten kirchlichen Rechtslebens unter „Dispensation" im Rechtssinne jede beliebige Abweichung von einer rechtlichen Vorschrift. Diese Abweichung konnte sehr verschiedener Art sein. Man begriff darunter alle möglichen Änderungen und Ausnahmen, welche in Betreff einer gesetzlichen Bestimmung überhaupt gemacht werden können. Es machte keinen Unterschied, ob der betreffende Akt ein Gesetz gänzlich aufhob, ob er es nur für gewisse Zeit suspendierte, ob er es endlich nur für einen einzigen konkreten Fall oder in sonstiger mehr oder minder beschränkter Weise ausser Kraft setzte — in allen Fällen, in denen von einer gesetzlichen Vorschrift in irgend einer Weise abgewichen wurde, sprach man von Dispensation[10]).

---

[7]) v. Scherer Handbuch des Kirchenrecht I, S. 172 f.

[8]) v. Scheurl, Gem. Dt. Eherecht, S. 284.

[9]) Stiegler a. a. O. 1897, S. 4 ff.

[10]) Stiegler a. a. O. 1897 S. 28, 41 f., 258, 669, a. a. O. 1898 S. 656 u. a.

In dieser unvollkommenen Gestalt findet sich der Dispensationsbegriff im Kirchenrecht von den Kirchenvätern bis etwa ins zwölfte Jahrhundert[11]).

Bei den Dekretisten Rufinus und Johannes Faventinus findet sich zuerst neben der bis dahin allein üblich gewesenen noch eine zweite, weit engere Begriffsbestimmung der Dispensation, in welcher letztere als derogatio casualis, d. h. Aufhebung für den einzelnen Fall bezeichnet wird[12]). Hier finden wir also das Moment der Spezialität in den Dispensationsbebriff hineingetragen. Die Ausbildung des letzteren zu einem vollkommeneren Rechtsbegriff war damit angebahnt, doch blieb zunächst noch die ältere Theorie die herrschende[13]).

Im weiteren Verlaufe der Entwickelung vom Anfang des dreizehnten Jahrhunderts bis zur Rezeptionszeit ist die engere Auffassung des Dispensationsbegriffs die herrschende geworden und hat schliesslich die ältere verdrängt[14]). Zur Zeit der Rezeption des kanonischen Rechts in Deutschland verstand man bereits unter Dispensation die Aufhebung einer Rechtsnorm für einen einzelnen Fall, schrieb ihr also die Eigenschaft der Spezialität zu. Allerdings ist der einzige Schriftsteller, auf den wir uns hierfür berufen können, Panormitanus[15]); bei keinem anderen kirchen

[11]) Vgl. Cit. in Anm. 10, und bes. Stiegler a. a. O. 1897, S. 22 ff., 542 ff

[12]) Stiegler a. a. O 1898, S. 97 ff., 649.

[13]) Stiegler a. a. O. 1898, S. 645 ff., 649 ff., 654 ff., 657 ff.

[14]) Eine eingehendere Darstellung dieser Entwickelung ist aus den am Anfang dieses § angeführten Gründen im Rahmen dieser Abhandlung unthunlich. Eine Vorarbeit existiert nicht, da die Stiegler'sche Arbeit mit dem Beginn des dreizehnten Jahrhunderts abbricht. Eine hier anknüpfende wissenschaftliche Arbeit, welche die weitere Entwickelungsgeschichte des Dispensationsbegriffs im Kirchenrecht bis zur Rezeption des kanonischen Rechts in Deutschland zum Gegenstande hätte, muss als höchst wünschenswert bezeichnet werden.

[15]) Panormitanus bezeichnet die Dispensation nicht geradezu als „Aufhebung für den einzelnen Fall," doch ist aus mehreren seiner Äusserungen über die Dispensation mit Bestimmtheit zu entnehmen, dass er derselben die Eigenschaft der Spezialität zuschreibt. Er definiert folgendermassen: „Est enim dispensatio iuris communis relaxatio facta cum causae cognitione ab eo qui habet potestatem dispensandi." (Panormitanus, Super Decretal., Lyon 1562, In tertium librum Decretalium, Rubr. de prebend. dign., Cap. de multa n. 8 [Bd. III, S. 37].). Vermissen wir in dieser Definition bei „iuris commu-

rechtlichen Schriftsteller der Rezeptionszeit sind, soweit Verfasser ermitteln konnte, Äusserungen über den Dispensationsbegriff zu finden. Man wird indessen mit einiger Sicherheit annehmen können, dass die von Panormitanus vertretene Meinung zu jener Zeit die allgemein herrschende war, da andernfalls seine diesbezüglichen Äusserungen jedenfalls auf Widerspruch gestossen wären.

In dieser engeren, juristisch korrekteren Bedeutung ist der Dispensationsbegriff aus dem Kirchenrecht in das deutsche Staatsrecht rezipiert worden[16]). In letzterem ist eine Veränderung desselben nicht mehr eingetreten, er hat sich bis zur Gegenwart in der Bedeutung, in welcher er rezipiert worden ist, unverändert erhalten[17]). Die geschichtliche Entwickelung des Dispensationsbegriffs ist also mit der Rezeptionszeit als abgeschlossen zu betrachten.

§ 3.

2) Festellung des Begriffs der Dispensation.

Wenn es sich darum handelt, den Begriff eines Rechtsinstituts festzustellen, so hat man zuerst zu prüfen, ob irgendwo im positiven Rechte sich eine Begriffsbestimmung desselben findet. Bei der Dispensation werden wir uns nach einer solchen Legaldefinition im deutschen Verfassungsrechte vergeblich umsehen. Die Reichsverfassung und die meisten Partikularverfassungen, darunter insbesondere auch die preussische, erwähnen die Dispensation wie

---

nis relaxatio“ den Zusatz: „in casu quodam singulari,“ so geht doch aus den Worten „facta cum causae cognitione“ hervor, dass es sich um einen einzelnen Rechtsfall (causa) handeln muss. Zur völligen Gewissheit wird diese Annahme, wenn man hiermit eine andere Stelle zusammenhält, in welcher Panormitanus sagt: „dispensatio concessa in uno casu non tamen debet extendi ad casum similem vel habentem maioritatem rationis.“ (Panormitanus a. a. O. Prima pars secundi Decretalium, Rubr. de iudiciis, cap. At si clerici, § de adulteriis n. 8 [Bd. II, S. 17]. Ähnlich auch Panormitanus a. a. O. Prima pars primi Decretalium, Rubr. de electione, Cap. dudum n. 15 (Bd. I. S. 177].) Welchen Sinn hätte dieser Satz, wenn Panormitanus nicht von der Ansicht ausginge, dass die Dispensation nur für einen einzelnen Fall Bestimmung trifft?

[16]) Vgl. darüber näheres § 8 Anm. 2 bis 5, § 3 Anm. 3.

[17]) Vgl. § 3 Anm. 3.

bereits früher hervorgehoben, überhaupt nicht. Soweit deutsche Partikularverfassungen über die Dispensation ausdrückliche Bestimmungen treffen, thun sie dies stets in der Weise, dass sie lediglich die Ausübung der Dispensationsgewalt regeln[1]), den Begriff der Dispensation jedoch als feststehend voraussetzen, sodass für die wissenschaftliche Entwickelung des letzteren diese Verfassungsbestimmungen nicht verwertet werden können.

Da es somit an einer Legaldefinition gänzlich fehlt, so ist der Dispensationsbegriff für das heutige deutsche Staatsrecht so zu fassen, wie er sich auf Grund der im vorhergehenden besprochenen geschichtlichen Entwickelung gegenwärtig in der staatsrechtlichen Wissenschaft festgestellt hat, d. h. es ist in Ermangelung einer positivrechtlichen Begriffsbestimmung der Dispensation das in der Wissenschaft Uebliche massgebend.

Der Begriff der Dispensation wird nun in der staatsrechtlichen (und entsprechend auch in der kirchenrechtlichen) Litteratur — und zwar kann man sagen, dass in dieser Beziehung im wesentlichen völlige Einigkeit herrscht — folgendermassen definiert.

Eine Dispensation ist ein Akt der Staatsgewalt, durch welchen die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen konkreten sive individuell bestimmten Thatbestand[2]), auf welchen dieser Rechtssatz ohne das Dazwischentreten der Dispensation angewendet werden müsste, ausgeschlossen wird[3]).

---

[1]) Vgl. § 17.

[2]) Es kann natürlich auch eine Mehrheit von konkreten Thatbeständen sein.

[3]) Diese Definition ist dem Sinne nach allgemein anerkannt. Vgl. E. Meier in Holtzendorff's Rechts-Lex. I, S. 540, Pözl Bayr. Verfassungsrecht, S. 301 Anm. 2, H. A. Zachariae Dt. Staats- und Bundesrecht II, S. 184, von Rönne Preuss. St.R. 4. Aufl. I, S. 452, Schulze Preussisches Staatsrecht II, S. 59 f. und deutsches Staatsrecht I, S. 535, von Gerber Gesammelte jur. Abhandlungen 1871, S. 486 a. E., Ulbrich Oesterr. St.R., S. 429 f., v. Sarwey Württ. St.R. II, S. 69 Anm. 5, G. Meyer Lehrbuch des Dt. St.R. 5. Aufl., S. 586 und in den Neuen Heidelberger Jahrbüchern I, S. 339, Frhr. v. Stengel Preussisches Staatsrecht in Marquardsen's Handbuch, S. 172, Joël Annalen des Deutschen Reichs 1888, S. 817 a. A. und Annal. 1891, S. 418, Schwartz Preuss. Verf. Urk., S. 202, Bornhak Preuss. St.R. I, S. 530, Hinschius Kirchenrecht III, S. 789 und in Stengel's Wörterbuch II. S. 277 § 1 a. A., Friedberg Lehrbuch des Kirchenrechts, S. 253 u. A.

Jeder abstracte Rechtssatz, wie derselbe auch immer lauten mag, lässt sich am letzten Ende in die einfache Form eines hypothetisch gefassten Thatbestandes und des an denselben geknüpften Befehls bringen. Wird nun durch einen Akt der Staatsgewalt bewirkt, dass in einem gegebenen Falle, in welchem der in einem Gesetze normierte hypothetisch gefasste Thatbestand erfüllt ist, es trotzdem für diesen einzelnen Fall so gehalten wird, als wäre dieses Gesetz nicht vorhanden, so stellt sich dieser staatliche Akt als eine Dispensation dar.

Jeder abstrakte Rechtssatz soll grundsätzlich auf alle unter denselben fallenden Thatbestände angewendet werden, und das moderne Rechtsbewusstsein sieht im allgemeinen Ausnahmen von Rechtsnormen für individuelle Fälle, wenn nicht direkt als unzulässig, so doch als ungerecht und politisch höchst bedenklich an. Dergleichen Zweckmässigkeitserwägungen bilden aber natürlich für die Staatsgewalt kein rechtliches Hindernis, gleichwohl nach freiem Belieben die Wirksamkeit eines Rechtssatzes für einen Einzelfall aussetzen zu lassen, wo ihr dies gut dünkt.

Besonders hervorzuheben sind zwei in obiger Definition enthaltene Momente, nämlich einerseits, dass die Dispensation nur für einen individuell bestimmten Fall, und andererseits, dass sie rein negativ wirkt.

Nur dann liegt eine Dispensation vor, wenn der betreffende Rechtssatz nur für einen konkreten Fall ausser Anwendung gesetzt wird. Natürlich können es auch mehrere Fälle sein, wofern dieselben nur mit individueller Bestimmtheit und nicht durch abstrakte Merkmale bezeichnet sind. In letzterem Falle würde eine lex generalis vorliegen, während die Dispensation eine lex specialis, im engsten Sinne dieses Wortes, darstellt[4]).

Eine Dispensation wirkt ferner, wie sich aus der obenstehenden Begriffsbestimmung ergiebt, stets rein negativ, d. h. eine lex specialis in dem oben bezeichneten Sinne ist nur dann eine Dispensation, wenn sie für den Fall, für welchen sie erteilt wird, lediglich die Wirkung einer auf denselben anzuwendenden

[4]) Der Ausdruck „lex specialis“ soll hier und im folgenden ein Gesetz bezeichnen, das nur für einen einzelnen Fall bezw. für mehrere bestimmte einzelne Fälle Geltung hat.

Rechtsnorm ausschliesst, sodass der in der betreffenden Rechtsnorm enthaltene Rechtsgrundsatz in Wegfall kommt und der betreffende Fall nach den allgemeinen, d. h. denjenigen Rechtsgrundsätzen zu behandeln ist, welche Anwendung finden müssten, wenn der Rechtssatz, gegen welchen die Dispensation erteilt ist, nicht vorhanden wäre.

Von der Dispensation, welche man nach vorigem auch als rein negativ wirkende lex specialis definieren könnte, begrifflich verschieden ist somit die positiv wirkende lex specialis, welche für einen einzelnen Fall eine nur für diesen geltende Norm setzt und dadurch zwar — wie die Dispensation — die allgemeine Norm, nach welcher derselbe zu behandeln wäre, verdrängt, ohne dass aber, wie bei der Dispensation, nunmehr die allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen. Der Begriff der positiven lex specialis enthält gegenüber dem der Dispensation, wie wir ihn eben festgestellt haben, insofern ein plus, als letztere einen Rechtssatz im konkreten Falle lediglich ausser Wirksamkeit setzt, während erstere, darüber hinausgehend, ihn durch eine specielle Norm ersetzt, was zweifellos als eine positive Wirkung anzusehen ist. Da nun aber nach obenstehender Definition der Dispensationsbegriff ein rein negativer ist, so kann ein positiv wirkender Akt nie als Dispensation angesehen werden[5]).

Auf positives Recht kann man sich für diese Deduktion natürlich nicht berufen, sie ergiebt sich aber mit Notwendigkeit aus dem allgemein anerkannten Begriff der Dispensation.[6])[7]).

[5]) Wir wollen das oben Gesagte durch ein Beispiel erläutern. — Angenommen, ein Rechtssatz bestimme: führt jemand eine gewisse Quantität Roggen ein, so hat er dafür 3 M. Zoll zu entrichten. Würde nun durch einen staatlichen Willensakt bestimmt, dass jemand, der diese Quantität einführt, dennoch keinen Zoll bezahlen solle, so läge eine Dispensation vor; würde dagegen bestimmt, dass er an Stelle der 3 M. z. B. 5 Scheffel Roggen als Abgabe entrichten solle, so läge eine positiv wirkende lex specialis in dem oben bezeichneten Sinne vor. Im ersteren Fall würde die Norm, welche 3 M. als Abgabe vorschreibt, lediglich ausser Anwendung gelassen, in letzterem Falle dagegen zugleich durch die specielle Norm, welche für den Einzelfall 5 Scheffel Roggen als Abgabe bestimmt, ersetzt.

[6]) Ein sehr wichtiges Argument dafür, dass der Dispensationsbegriff allgemein als ein rein negativer anerkannt ist, bildet der Umstand, dass das Bürgerliche Gesetzbuch, welches bekanntlich Fremdwörter erfreulicherweise möglichst zu vermeiden sucht, „Dispensation“ stets mit „Befreiung“ über-

Andererseits geht es zu weit, wenn von Hinschius behauptet wird, eine negativ wirkende lex specialis, ein „Ausschluss der Anwendung eines Rechtssatzes auf einen bestimmten Thatbestand, sei

---

setzt, (vgl. §§ 1303, 1312, 1328, 1313, 1316, 1745, 1322 B.G.B.) einem Ausdruck, welcher offenbar nur etwas rein Negatives bezeichnen kann. Dass es sich hier lediglich um eine Uebersetzung resp. Verdeutschung handelt, ergiebt sich mit Sicherheit daraus, dass die Motive in den Stellen, welche sich auf die über die „Befreiung" Bestimmung treffenden §§ des B.G.B. beziehen, stets nur von „Dispensation" reden und also als selbstverständlich voraussetzen, dass hiermit nur die „Befreiung" gemeint sein kann (Motive zum B.G.B. IV., S. 25, 960 f.) Uebrigens setzen die Motive den Begriff der Dispensation als feststehend voraus und geben daher keine nähere Erläuterung desselben. (Mot. IV., S. 25, 960.)

[7]) Stölzel i. d. Krit. Vierteljahrsschrift, XX S. 234 ff. und in Gruchot's Beitr. XXIV, S. 786 ff. begreift unter „Dispensation" sowohl die negativ wie die positiv wirkende lex specialis. Dies entbehrt nach dem oben gesagten der Berechtigung. Übrigens liegt der Gegensatz Stölzel's gegen unsere Ansicht m. E. nur auf terminologischem Gebiete. Stölzel behandelt an den zitierten Stellen die bekannte Controverse, ob das Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit durch das Reichspersonenstandsgesetz von 1875 aufgehoben sei oder nicht, und behauptet bei Verfechtung der letzteren Ansicht, das landesherrliche Ehescheidungsrecht sei kein Akt der Gerichtsbarkeit, sondern eine Dispensation. Statt „Dispensation" hätte Stölzel hier offenbar das allgemeinere „lex specialis" setzen müssen. Das landesherrliche Ehescheidungsrecht war eine positiv wirkende lex specialis, mithin keine Dispensation. Mit Recht bemerkt Hinschius (Kirchenrecht III, S. 791 Anm. 2) gegen Stölzel: „Welcher allgemeine Rechtssatz soll hier (bei landesherrlicher Ehescheidung) suspendiert sein? Etwa der, dass nur aus den gesetzlichen Gründen geschieden werden darf? Ohne einen weiteren Akt von rechtsvernichtender Wirkung hört damit die bestehende Ehe nicht von selbst auf, noch wird damit jeder beliebige andere Grund als zur Ehescheidung ausreichend anerkannt." (Vgl. auch Hinschius in Stengel's Wörterb. I, S. 277.) Der Fehler Stölzel's erklärt sich wohl daraus, dass die betreffende Abhandlung lediglich die Widerlegung der Ansicht, welche die landesherrliche Scheidung als einen Akt der Gerichtsbarkeit ansah, bezweckte, nicht aber die Feststellung des Dispensationsbegriffs, und Stölzel es daher mit dem Gebrauch des Ausdrucks „Dispensation" nicht genau nahm. — Auch v. Scheurl, Gemeines deutsches Eherecht, S. 281 ff. will die positiv wirkende lex specialis unter den Begriff der Dispensation subsumieren. Er führt zur Begründung eine kanonischrechtliche Quellenstelle an, in welcher nach seiner Auffassung der Dispensationsbegriff in diesem weiteren Sinne verstanden wird. Allein ist es schon zweifelhaft, ob damit Scheurl's Ansicht als ausreichend begründet angesehen werden kann, so hat die Begründung offenbar doch nur für

nur dann vorhanden, wenn der betreffende Rechtssatz für diesen Thatbestand überhaupt keine Wirksamkeit entfalte, nicht auch dann, wenn die aus einem Rechtssatze schon eingetretenen Wirkungen wieder aufgehoben sein sollten[8]).

Die Dispensation, so führt Hinschius zur Begründung aus, habe begrifflich einen rein negativen Character; habe nun ein Rechtssatz auf einen Thatbestand bereits Wirkungen ausgeübt und würden diese Wirkungen durch einen staatlichen Willensakt wieder beseitigt, so hindere dieser Akt nicht den Eintritt der Wirkungen des Rechtssatzes für den betreffenden Thatbestand, sondern hebe die bereits eingetretenen Wirkungen wieder auf, habe also begrifflich einen positiven Character und falle aus diesem Grunde nicht unter den Begriff der Dispensation.

Diese Auffassung wird der wirklichen Sachlage nicht gerecht.

Wenn ein Rechtssatz auf einen Thatbestand bereits Wirkungen ausgeübt hat und nun erst seine Anwendung auf denselben ausgeschlossen wird, so hat dies allerdings zur Folge, dass die bereits eingetretenen Wirkungen wieder beseitigt werden müssen. Hierin liegt jedoch nur scheinbar ein positives Element. Der nachträgliche Ausschluss der Anwendbarkeit des Rechtssatzes zieht die Folge nach sich, dass alles so gehalten wird, als wäre dieser Rechtssatz auf den betreffenden Thatbestand von vornherein nicht zur Anwendung gekommen. Jene Wirkungen werden also, genau genommen, nicht beseitigt, sondern als von vornherein nicht eingetreten behandelt, es liegt juristisch nicht eine Beseitigung von Rechtswirkungen vor, sondern die Unterstellung sive Fiktion, dass dieselben überhaupt nicht eingetreten seien, d. h. ihre, wenn auch nachträgliche Ausschliessung[9]).

---

das Kirchenrecht Bedeutung. Dass der Dispensationsbegriff in das deutsche Staatsrecht in der von uns vertretenen engeren Bedeutung übernommen worden ist und sich bis heute so erhalten hat, muss nach der mehrfach erwähnten, sich bei nahezu allen in Betracht kommenden Schriftstellern findenden Definition (vgl. § 3 Anm. 3) als zweifellos angesehen werden.

[8]) Hinschius Kirchenrecht III, S. 790 f. und in Stengels Wörterbuch I, S. 277; dagegen Friedberg Lehrbuch des Kirchenrechts, S. 253 und Anm. 1 daselbst, v. Scheurl Gem. Dt. Eherecht S. 283.

[9]) Eine derartige Fiktion enthält jedes mit rückwirkender Kraft ausgestattete Gesetz. Hinschius in Stengel's Wörterbuch I, S. 277 meint: „Für Fälle, in denen bereits eine rechtliche Gebundenheit eingetreten ist, bleibt

Die Wirkungen eines solchen Aktes stellen sich somit bei näherer Prüfung ihres rechtlichen Characters ebenfalls als rein negative dar. Es handelt sich also auch hier um eine Dispensation, und zwar um eine nachträgliche mit rückwirkender Kraft (a posteriori, im Gegensatz zu der a priori erteilten).

Hinschius weist ferner darauf hin, dass, wenn Behörden zu „Dispensationen“ von Gesetzen ermächtigt würden, dieselben im Zweifel nicht für berechtigt erachtet werden können, derartige nachträgliche Ausschliessungen von Wirkungen eines Rechtssatzes vorzunehmen[10]) und sieht hierin eine Unterstützung seiner Ansicht, nach welcher eine solche Ausschliessung nicht unter den Dispensationsbegriff fällt.

Dass Behörden im Zweifel nur a priori dispensieren dürfen, wird man Hinschius allerdings zugeben müssen. Allein der rechtliche Grund hierfür ist m. E. nicht, wie Hinschius annimmt, der, dass die a posteriori erteilte Dispensation von der a priori erteilten begrifflich verschieden wäre, sondern der, dass die nachträglich mit rückwirkender Kraft erteilte Dispensation, wie Arndt richtig bemerkt, in der Regel einen Willkürakt darstellt[11]) und Behörden zur Vornahme eines solchen vernünftigerweise im Zweifel nicht für berechtigt erachtet werden können, auch wenn sie sonst zu Dispensationen ermächtigt sind, eine Interpretationsregel, welcher keine andere ratio zu Grunde liegt, als der, dass Gesetzen im Zweifel keine rückwirkende Kraft beizulegen sei.

die blosse Beseitigung der Wirksamkeit des Rechtssatzes ohne rechtliche Bedeutung, weil sie das Product seiner Wirkung, die rechtliche Gebundenheit, nicht aufhebt, vielmehr die bereits eingetretene Rechtswirkung besonders vernichtet werden muss.“ — Ich kann mich dieser Ausführung nicht anschliessen. Mit demselben Rechte könnte Hinschius auch sagen, dass die Wirkung jedes mit rückwirkender Kraft ausgestatteten Gesetzes rechtlich bedeutungslos sei, was bisher von keiner Seite behauptet worden ist. In Wahrheit wird die eingetretene Rechtswirkung nicht besonders vernichtet, sondern als überhaupt nicht eingetreten, die rechtliche Gebundenheit als von vornherein nicht vorhanden unterstellt.

[10]) Hinschius in Stengel's Wörterbuch I, S. 279.

[11]) Arndt Verordnungsrecht, S. 230.

Die Hinschius'sche Auffassung enthält somit gewissermassen eine Ueberspannung der Lehre von dem rein negativen Charakter der Dispensation und ist deshalb zu verwerfen[12]).

§ 4.

Verhältnis des Dispensationsbegriffs zu verwandten Rechtsbegriffen.

a. Dispensation und Privileg.

Bei Untersuchung des Verhältnisses zwischen den beiden Begriffen der Dispensation und des Privilegs ist in erster Reihe zu beachten, dass die Bezeichnung „Privileg" in der Litteratur in verschiedener Bedeutung gebraucht wird und zwar m. E. in einer dreifachen, nämlich in einer weiteren, einer engeren und einer engsten Bedeutung.

Privileg im weiteren Sinne ist das sog. beneficium iuris, d. h. eine Rechtsnorm, welche für ganze Klassen von Personen oder Sachen besondere, vom allgemeinen Recht abweichende Bestimmung trifft, durch welche dieselben günstiger (oder auch ungünstiger — hier müsste man eigentlich von maleficium iuris sprechen) gestellt werden als sie nach gemeinem Recht stehen würden. Dieses unter den Begriff der lex generalis fallende Privileg ist von der eine lex specialis (im engsten Sinne)[1]) darstellenden Dispensation

---

[12]) Beispiel: Ein Rechtssatz bestimmt, dass zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin eine Eheschliessung nicht möglich ist. Wird nun von diesem Rechtssatz Dispensation erteilt, und nach Erteilung derselben zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin die Ehe geschlossen, so ist letztere von vornherein giltig, da der ihre Ungiltigkeit statuierende Rechtssatz für diesen Fall ausser Kraft gesetzt ist. Dies ist die Dispensation a priori. Wird dagegen im gleichen Falle die Ehe ohne Dispensation geschlossen, so übt zwar jener Rechtssatz zunächst auf sie die Wirkung aus, dass sie der Giltigkeit entbehrt. Wird aber noch nachträglich d. h. nach Eingehung der Ehe, von jenem Rechtssatz, und zwar nicht nur für die Zukunft, dispensiert, so hat dies zur Folge, dass jene Wirkung als überhaupt nicht eingetreten, d. h. die Ehe als von Anfang an zu Recht bestehend angesehen wird. Hier liegt ein Fall der Dispensation a posteriori vor.

[1]) Vgl. § 3.

so grundverschieden, dass eine Erörterung des Verhältnisses dieser beiden Begriffe sich m. E. gänzlich erübrigt[2]).

In einem etwas engeren Sinne versteht man unter Privileg eine Rechtsnorm, welche eine einzelne, individuell bestimmte Person oder Sache in einer bestimmten Beziehung dauernd in eine vom allgemeinen Recht abweichende günstigere oder ungünstigere Lage versetzt.

Das Privileg in diesem Sinne unterscheidet sich von der Dispensation in ähnlicher Weise wie das in der zuerst erwähnten Bedeutung. Zwar wird nach dem in der Litteratur üblichen Sprachgebrauch das Privileg in dem letzterwähnten Sinne als lex specialis bezeichnet. Allein dieser Ausdruck bezeichnet hier offenbar etwas anderes, als wir bisher darunter verstanden haben. Die in einem derartigen Privileg enthaltene Norm ist speziell in einem anderen Sinne als die Dispensation. Wenn z. B. einem bestimmten Kaufmann das Recht eingeräumt würde, gewisse sonst zollpflichtige Waren dauernd zollfrei einzuführen — dies wäre ein Privileg in dem jetzt von uns zu Grunde gelegten Sinne — so wäre diese Norm allerdings insofern eine spezielle, als sie sich auf eine konkrete, individuell bestimmte Person bezieht. Allein sie ist andererseits eine generelle, da sie nicht für einen einzelnen, individuellen Thatbestand, sondern für eine unbestimmte Anzahl von nach abstrakten Merkmalen gekennzeichneten Thatbeständen gilt. Denn wie oft der betreffende Kaufmann die betreffende Waare einführen wird, ist natürlich unbestimmt und unbestimmbar. („Jedesmal wenn X. eine Ware einführt, ist er vom Zoll befreit.") Das Vorhandensein eines Sprachgebrauchs welcher ein solches Privileg als lex specialis bezeichnet, ist somit zu bedauern, da derselbe Verwirrung zu stiften geeignet ist und auch wirklich mitunter Verwirrung verursacht hat[3]). Ein solches Privileg ist m. E. entschieden als lex generalis anzusehen, da es die von ihm betroffenen Thatbestände nicht konkret, sondern nach abstrakten Merkmalen bezeichnet; nur insofern ist in demselben auch ein spezielles Element enthalten,

---

[2]) Ein Privileg in diesem Sinne bildete z. B. der Satz des römischen Rechts, wonach die Soldaten formlos testieren konnten.

[3]) Vgl. diesen § Anm. 6. (Laband im Arch. f. öff. R. VII, S. 195 Anm. 19.)

als es ein Merkmal der von ihm betroffenen Thatbestände bildet, dass eine individuell bestimmte Person bei ihnen beteiligt ist[4]).

Dagegen ist es ein essentiale der Dispensation, dass sie nur für einzelne bestimmte konkrete Thatbestände Geltung hat. Sie ist somit eine lex specialis in einer anderen, prägnanteren Bedeutung als das eben bezeichnete Privileg[5])[6]).

Neben diesen beiden weiteren Bedeutungen, in welchen der Begriff des Privilegs gefasst wird und in welchen die Verschiedenheit desselben von der Dispensation auf der Hand liegt, wird die Bezeichnung „Privileg" noch in einem engsten Sinne gebraucht.

Danach ist das Privileg eine nur für einen einzelnen individuellen Thatbestand geltende Norm, durch welche für eine be-

---

[4]) Zuzugeben ist, dass sich eine absolute Grenze zwischen genereller und spezieller Norm schwer ziehen lässt. Man wird m. E. einer Norm die Eigenschaft der Spezialität in dem von uns zu Grunde gelegten Sinne nur dann zusprechen können, wenn der von ihr betroffene Thatbestand derar individuell feststeht, dass nur dieser und kein anderer Thatbestand gemeint sein kann.

[5]) Es wäre m. E. wünschenswert und dem Verständnis förderlich, wenn in der Litteratur für Normen wie die oben bezeichneten Privilegien die Bezeichnung „lex specialis", für Normen wie die Dispensation der Ausdruck „lex specialissima" gebraucht würde. Da sich indessen ein derartiger Sprachgebrauch bisher nicht eingebürgert hat, ist auch in dieser Abhandlung von demselben abgesehen worden.

[6]) In der älteren Theorie beging man den Fehler, bei Vergleichung von Dispensation und Privileg das letztere stets nur in dieser soeben besprochenen, nicht auch in seinen anderen Bedeutungen ins Auge zu fassen. So z. B. Moser, Landeshoheit in Gnadensachen, S. 34: „Unter Dispensation und Privilegien pflegt man disen Unterschid zu machen, dass jene nur in ein- oder anderem Fall, dise hingegen für beständig eine Ausnahme von Beobachtung des Gesezes machen: Z. E. Das Gesez lautet: Jedermann muss von verkaufftem Wein Accis zahlen; Peter wird bey einem einigen gewissen Fall davon befreyet: Das ist eine Dispensation; Paul darff niemalen keinen erledigen; dises ist ein Privilegium." Wie Moser: Zachariä Dt. Staats- und Bundesrecht II, S. 185. 189, Klüber Öff. R. d. dt. Bundes, S. 710, Weiss System d. dt. St. R., S. 684, Böhmer Exercit. ad Pand. I, S. 435, Phillips Kirchenrecht V, S. 104 f. (Vgl. Laband im Arch. f. öff. R. VII, S. 195 Anm. 19 a. a. O.) Alle diese Schriftsteller sehen den Unterschied zwischen Dispensation und „Privileg" darin, dass letzteres eine Ausnahme vom gemeinen Recht für eine Person oder Sache allgemein und dauernd, erstere nur für einen einzelnen Fall begründe. Das ist richtig, trifft aber für das Privileg nur in dem an dieser Stelle zu Grunde gelegten Sinne zu.

stimmte Person ein subjektives Recht unmittelbar (d. h. ohne das Erfordernis rechtswirkender Thatsachen) geschaffen (oder beim Privilegium odiosum aufgehoben) wird[7][8]).

In dieser Bedeutung stellt sich das Privileg in Gegensatz zu den beiden früher erwähnten Bedeutungen als Unterart der lex specialis im engsten Sinne, deren Verhältnis zum Dispensationsbegriff bereits früher erörtert worden ist[9]), dar. Während das Privileg in den beiden andern Bedeutungen durch die Eigenschaft als generelle Norm von der Dispensation derart verschieden war, dass eine nähere Hervorhebung der Unterschiede sich erübrigte, hat es in dieser letzeren Bedeutung mit der Dispensation die wichtige Eigenschaft der Spezialität gemeinsam, und es erscheint daher eine nähere Vergleichung der beiden Begriffe angebracht.

Dispensation und Privileg[10]) weisen insofern eine innere Verwandtschaft auf, als beide die allgemeine Rechtsregel für einen

---

[7]) Vgl. Pözl, Bayr. Verfassungsrecht, S. 301 Anm. 2, v. Rönne Preuss. St. R. 4. Aufl. I, S. 422 f. Anm. 5, v. Gerber Ges. jur. Abhandl., S. 487 Schulze Dt. St. R. I, S. 535 f. und Preuss. St. R. II, S. 60, Ulbrich, Österr. St. R., S. 430, Savigny, Württ. St. R. II, S. 69 Anm. 5, Curtius Annalen 1893, S. 684, 685, Schwartz Preuss. Verf. Urk., S. 202.

[8]) Von einigen (Vgl. Hinschius Kirchenrecht III, S. 805 f.) wird ein Privileg nicht nur dann für vorliegend erachtet, wenn für bestimmte Personen geradezu ein subjektives Recht geschaffen wird, sondern auch dann, wenn ohne Begründung eines subjektiven Rechts nur eine relativ (d. h. im Verhältnis zum allgemeinen Recht) günstigere (bezw., nämlich beim sog. privilegium odiosum, ungünstigere) rechtliche Lage für den Privilegierten hervorgerufen wird. (Vgl. v. Gerber a. a. O., S. 487, Curtius Annalen 1893 S 684 f.) Hiernach wäre es z. B. ein Privileg, wenn ein Delikt für den Fall, dass es einer bestimmten, individuell bezeichneten Person zugefügt würde, schwerer bestraft würde, als es sonst bestraft wird. Hier erwächst dieser bestimmten Person kein subjektives Recht; denn der Strafanspruch steht nicht dem Verletzten, sondern dem Staate zu. Wohl aber wird die betreffende Person durch den stärkeren strafrechtlichen Schutz in eine relativ günstigere rechtliche Lage versetzt. — Für das Verhältnis des Privilegs in diesem erweiterten Sinne zur Dispensation treffen ebenfalls die nachstehenden Ausführungen des Textes zu. Nur ist stets, wo dort von „Begründung eines subjektiven Rechts" die Rede ist, statt dessen an „Begründung einer relativ günstigen Lage" zu denken. Es ist daher nicht notwendig, das Privileg in diesem Sinne mit der Dispensation noch besonders zu vergleichen.

[9]) Vgl. § 3.

[10]) Von jetzt ab ist „Privileg" stets in dem zuletzt zu Grunde gelegten engsten Sinne zu verstehen.

konkreten Fall durch Setzung einer abweichenden Sondernorm für denselben verdrängen. Über ihre Unterscheidungsmerkmale sind die Ansichten geteilt, es sind verschiedene Theorien aufgestellt worden.

Friedberg sieht den Unterschied darin, dass das Privileg subjektives und objektives, die Dispensation nur subjektives Recht schaffe[11]).

Diese Theorie ist m. E. nicht haltbar. Zutreffend ist zwar, dass das Privileg stets subjektives und objektives Recht schafft. Ich teile ferner nicht die Ansicht von Hinschius, dass die Dispensation kein subjektives Recht schaffen könne[12]); vielmehr hat die Dispensation, wie später auszuführen, trotz ihres negativen Charakters mitunter — darin hat Friedberg zweifellos Recht — die Begründung von subjektiven Rechten, von Berechtigungen, im Gefolge[13]). Allein zu bestreiten ist, dass in der Schaffung subjektiven Rechts ein essentiale des Dispensationsbegriffs liegt. Vielmehr giebt es auch Dispensationen, welche keine subjektiven Rechte begründen[14]). Ausserdem aber ist es nicht nur nicht richtig, dass die Dispensation kein objektives Recht schafft, sondern es ist, wie später nachzuweisen[15]), die Schaffung objektiven Rechts im Gegenteil ein specifisches Merkmal der Dispensation.

Die von Friedberg angenommenen Unterscheidungsmerkmale sind somit nicht durchweg zutreffend.

---

[11]) Friedberg a. a. O., S. 255: „Das erstere (d. i. das Privileg) schafft objektives und subjektives Recht, die letztere (d i. die Dispensation) nur subjektives. Das Privileg setzt an Stelle des bestehenden generellen Rechts neues spezielles, die Dispensation hebt keinen bestehenden Rechtssatz auf sondern schliesst lediglich dessen Wirksamkeit für einsn bestimmten Thatbestand aus."

[12]) Hinschius Kirchenrecht III, S. 805 Anm. 7. a. E.

[13]) Friedberg a. a. O., S. 253 Anm. 2: „Wenn ich vom Ehehindernis der Verwandtschaft dispensiert werde, d. h. die Wirksamkeit des Rechtssatzes, der Ehen unter Verwandten für nichtig erklärt. im einzelnen Falle aufgehoben wird, so erwächst mir die Berechtigung, solche Ehe zu schliessen."

[14]) Wenn z. B. bei einer Eheschliessung vom Erfordernis des Aufgebots dispensiert wird, so wird den Dispensierten hierdurch kein subjektives Recht geschaffen, sondern nur die Ausübung eines subjektiven Rechts (nämlich der Berechtigung zur Eheschliessung) erleichtert.

[15]) Vgl. § 14.

Eine andere, namentlich von Hinschius vertretene Theorie geht dahin, das Privileg sei im Gegensatz zu der rein negativ wirkenden Dispensation eine positiv wirkende lex specialis; während die Dispensation lediglich die Wirksamkeit eines Gesetzes für ein bestimmten Thatbestand ausschliesse, setze das Privileg zugleich an Stelle desselben eine andere specielle Rechtsnorm[16]).

Es ist vollständig richtig, dass die Dispensation stets rein negativ wirkt und dass das Privileg im Gegensatz hierzu auch positiv wirken kann. Allein hierin liegt nicht der specifische Gegensatz zwischen den beiden Rechtsinstituten. Der Begriff des Privilegs ist keineswegs mit dem der positiv wirkenden lex specialis identisch; vielmehr ist mitunter auch eine negativ wirkende lex specialis als Privileg anzusehen, wenn sie nämlich, was sehr wohl der Fall sein kann, subjektives Recht begründet[17]).

Das Richtige trifft m. E. die Ansicht, welche gegenwärtig wohl als die herrschende anzusehen ist. Dieselbe geht dahin, dass sich ein durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Dispensation und Privileg überhaupt nicht angeben lässt. Die Dispensation bewirkt die Nichtanwendung objektiven Rechts im konkreten Falle, das Privileg die Begründung eines subjektiven Rechts für den Privilegierten[18]). Da nun offenbar Staatsakte denkbar sind, bei welchen sowohl das eine wie das andere Kriterium zutrifft, so ergiebt sich, dass sich die Begriffe von Dispensation und Privileg nicht völlig trennen lassen, sich vielmehr teilweise decken, teilweise von einander verschieden, also überhaupt keine Gegensätze sind. Es giebt einerseits Akte der Staatsgewalt, welche sowohl Dispensationen als Privilegien sind; andererseits sind aber auch Akte möglich, welche nur Dispensationen, nicht Privilegien darstellen, und umgekehrt[19]).

Zunächst giebt es also eine Klasse von Akten, welche Dispensation und Privileg zugleich sind. Es ist dies der Fall, wenn

[16]) Hinschius Kirchenrecht III, S. 805 und in Stengel's Wörterbuch II, S. 310, Frhr. v. Stengel Preuss. St.R. in Marquardsens Handbuch, S. 172.

[17]) Vgl. das Beispiel Anm. 13.

[18]) Vgl. die Zitate in Anm. 7.

[19]) Es ist somit nicht ganz richtig, wenn Zoepfl (Grundsätze des gem. Dt. St.R. 5. Aufl. 1863) die Dispensation als Unterart des Privilegs, und Bornhak (Preuss. St.R. I, S. 534) umgekehrt das Privileg als Unterart der Dispensation ansieht.

der betreffende Akt einerseits rein negativ, die Anwendung eines Rechtssatzes ausschliessend, wirkt — Merkmal der Dispensation, — andererseits ein subjektives Recht für eine bestimmte Person begründet — Merkmal des Privilegs.

Mit Unrecht wird von Hinschius bestritten, dass die Dispensation die Schaffung eines subjektiven Rechts im Gefolge haben könne[20]).

Hinschius übersieht, dass die Begründung eines subjektiven Rechts für eine bestimmte Person nicht nur direkt, durch positiv wirkende lex specialis, welche dieses subjektive Recht positiv statuirt, erfolgen kann, sondern auch indirekt durch negativ wirkende lex specialis (Dispensation), welche das subjektive Recht in der Weise zur Entstehung bringt, dass sie einen Rechtssatz, dessen Vorhandensein die Existenz dieses Rechts hindert, für den einzelnen Fall gleichsam hinwegräumt (man denke an Dispensationen von verbietenden Rechtssätzen).

Wenn — um ein schon erwähntes Beispiel zu wiederholen — jemand vom Ehehindernis der Verwandtschaft dispensiert wird, d. h. die Wirksamkeit des Rechtssatzes, der Ehen unter Verwandten bis zu einem gewissen Grade der Verwandtschaft verbietet, im einzelnen Falle aufgehoben wird, so erwächst ihm dadurch das subjektive Recht, eine solche Ehe zu schliessen[21]).

Hinschius bestreitet, dass in einem derartigen Falle ein subjektives Recht vorliegt und weist zur Begründung seiner abweichenden Ansicht darauf hin, dass ja der Dispensierte auf dieses angebliche Recht nicht verzichten könne[22]).

Dieser Einwand wäre berechtigt, wenn die Verzichtbarkeit eine notwendige Eigenschaft des subjektiven Rechts wäre. Dies ist jedoch durchaus nicht der Fall. Schon auf dem Gebiete des Privatrechts ist die Verzichtbarkeit nur ein naturale, kein essentiale des subjektiven Rechts. Vollends auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ist die Verzichtbarkeit bei den subjektiven Rechten die Ausnahme, die Unverzichtbarkeit die Regel.

---

[20]) Hinschius in Stengels Wörterbuch I, S. 280.
[21]) Friedberg a. a. O. S. 253 Anm. 2.
[22]) Hinschius in Stengels Wörterbuch I, S. 280.

Daraus, dass auf eine durch Dispensation hervorgerufene Berechtigung nicht verzichtet werden kann, ist somit nicht zu folgern, dass die letztere nicht als ein subjektives Recht anzusehen ist. Man wird vielmehr nur dann dazu gelangen, das Vorhandensein eines subjektiven Rechts in solchen Fällen zu verneinen, wenn man den wissenschaftlichen Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts überhaupt verwirft und die sogenannten subjektiven öffentlichen Rechte der Unterthanen gegen den Staat und umgekehrt nur als „rechtliche Folgen der Staatsangehörigkeit" ansieht[23]).

Die Streitfrage, ob es subjektive öffentliche Rechte giebt oder nicht, an dieser Stelle zu behandeln, würde uns zu weit führen. Wir müssen uns begnügen, darauf hinzuweisen, dass diese Frage in der Litteratur überwiegend bejaht[24]) und nur ausnahmsweise verneint wird[25])[26]). Steht man aber einmal auf dem Standpunkt der herrschenden Ansicht, nach welcher es subjektive öffentliche Rechte giebt, so wird man einer durch eine Dispensation geschaffenen Berechtigung (sive rechtlichen Möglichkeit) den Charakter als subjektives Recht nicht absprechen können.

Wir kommen also zu folgenden Resultaten.

Eine Dispensation ist dann zugleich Privileg, wenn sie erteilt wird gegenüber einer die Existenz eines subjektiven Rechts verneinenden Rechtsnorm. Rechtsnormen der letzterwähnten Art pflegt man aber unter dem Namen, „verbietende Rechtsnormen" zusammenzufassen. Wenn also der von einer Dispensation im einzelnen Falle ausser Kraft gesetzte Rechtssatz ein verbietender ist, so hat dieselbe zugleich den Character des Privilegs.

---

[23]) Bornhak Preuss. St.R. I, S. 270.

[24]) Vgl. z. B. G. Meyer, Lehrbuch d. Dt. St.R. 5. Aufl. § 11, S. 30f. Frhr. v. Stengel in seinem Wörterbuch II, S. 179, namentlich auch Jellinek System d. subj. öffentl. Rechte Freiburg i. B. 1892.

[25]) Vgl. Bornhak Preuss. St.R. I, S. 268ff.

[26]) Die Ansicht, welche nur den sog. Grund- oder Freiheitsrechten den Charakter als subjektive öffentliche Rechte abspricht (vgl. v. Stengel in seinem Wörterbuch II, S. 179), im übrigen aber den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts anerkennt, ist für uns hier ohne Belang. Denn dass ein durch Dispensation geschaffenes subjektives Recht niemals zu diesen Grundrechten gehören kann, liegt auf der Hand.

Nur Dispensation und nicht zugleich Privileg ist ein Staatsakt dann, wenn er einen Rechtssatz, der nicht verbietender Natur ist, im einzelnen Falle ausser Kraft setzt. Wenn z. B. jemand bei der Eheschliessung vom Aufgebot dispensiert wird, so wird der Rechtssatz, welcher das Aufgebot gebietet, ausser Kraft gesetzt. Eine solche Dispensation ist kein Privileg, weil ein subjektives Recht durch sie nicht geschaffen wird. Das subjektive Recht zur Eingehung der Ehe bestand schon vor der Dispensation vom Aufgebot; durch letztere wird nur die Ausübung dieses subjektiven Rechts mittelst Beseitigung des Erfordernisses des Aufgebots erleichtert, nicht aber ein neues subjektives Recht geschaffen.

Schliesslich ist noch zu bemerken, das nur ein Privileg, keine Dispensation vorliegt, wenn ein subjektives Recht einer bestimmten Person nicht durch negativ, sondern durch positiv wirkende lex specialis geschaffen wird. Dies ist, um auch hierfür ein Beispiel anzuführen, der Fall bei den in früherer Zeit üblich gewesenen Privilegien gegen Nachdruck; denn hier wurde keine Rechtsnorm ausser Kraft gesetzt. Wenn sich nach dem Ausgeführten ergiebt, dass die Begriffe der Dispensation und des Privilegs weder Gegensätze sind, noch sich decken, so muss man m. E. den Eindruck gewinnen, dass es keinen rechten Zweck hat, diese beiden Rechtsbegriffe miteinander zu vergleichen. Trotzdem erscheint die Anstellung eines solchen Vergleichs notwendig, weil nun einmal in der Litteratur Dispensation und Privileg sehr häufig nebeneinander gestellt werden.

§ 5.

b. Dispensation und Begnadigung.

Die Rechtsbegriffe, deren Verhältnis zur Dispensation — anders als dasjenige des Privilegs, welches von jeher mit der Dispensation verglichen wurde — erst in neuerer Zeit Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Betrachtung geworden ist, sind die Begnadigung auf dem Gebiete des Strafrechts und der sog. Steuererlass, d. h. der Erlass von Abgaben, welche auf Grund von Vorschriften des öffentlichen Rechts, nicht von privatrechtlichen Titeln, erhoben werden.

Was zunächst die Begnadigung angeht, so steht die Ansicht, welche gegenwärtig als die herrschende bezeichnet werden muss,

auf dem Standpunkt, dass die Begnadigung etwas von der Dispensation innerlich Verschiedenes ist. Nach einer nur von wenigen Schriftstellern vertretenen Gegenansicht ist die Begnadigung dagegen eine Unterart der Dispensation[1]).

Die herrschende Ansicht, welche ich für unzutreffend halte, ist in der älteren und in der neueren Litteratur in verschiedener Weise begründet worden.

Die älteren Vertreter der Ansicht, nach welcher Begnadigung und Dispensation von einander verschieden sind, glauben dieselbe in ausreichender Weise zu begründen, indem sie den angeblichen Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsbegriffen darin finden, dass die Dispensation eine unerlaubte und strafbare Handlung zu einer erlaubten mache, die Begnadigung dagegen nur die darauf gesetzte Strafe aufhebe oder mindere[2]).

Dass diese Begründung ziemlich oberflächlich ist, liegt auf der Hand. Es ist durchaus keine notwendige Eigenschaft der Dispensation von einer strafrechtlichen Norm, zu bewirken, dass eine unerlaubte und strafbare Handlung zu einer erlaubten wird. Daraus allein, das ein Akt der Staatsgewalt dieser letzteren Wirkung entbehrt und nur andere Wirkungen der strafrechtlichen Norm z. B. den Eintritt der Strafe (wie dies bei der Begnadigung der Fall ist) hintanhält, kann somit noch nicht der Schluss gezogen werden, dass dieser Akt nicht als eine Dispensation anzusehen ist.

Diese Begründung der herrschenden Ansicht, welche sich übrigens von den neueren Schriftstellern nur wenige zu eigen gemacht haben,[3]) ist also hinfällig, da sie die Begnadigung nur deshalb dem Dispensationsbegriff nicht unterordnen will, weil erstere ein Merkmal nicht an sich trägt, das in Wirklichkeit durchaus keine essentiale des letzteren bildet[4]).

[1]) G. Meyer, Neue Heidelb. Jahrb. I, S. 347, Bornhak, Pr. St. R. I, S. 351 ff. und Arch. f. öff. R. VI, S. 322 f.

[2]) Wolff Jus naturae VIII, S. 625, Weiss Dt. St. R., S. 689, Zachariä Dt. Staats- und Bundesrecht II, S. 185 Anm. 5, v. Rönne Preuss. St. R. 3. Aufl. I, 1 S. 243 Anm. 2, 4. Aufl. I, S. 452 f. Anm. 5. Schulze Preuss. St. R. II, S. 60, Ulbrich Oesterr. St. R., S. 420 f. Anm. 2 a. E. Schwartz Preuss. Verf. Urk., S. 202.

[3]) Vgl. Anm. 2.

[4]) Hinschius Kirchenrecht III, S. 732 Anm. 2 will die Begnadigung deshalb nicht als Dispensation aufgefasst wissen, weil es sich bei derselben

In gründlicherer Weise ist die herrschende Ansicht von neueren Schriftstellern entwickelt worden.

Die Argumentation derselben ist im Wesentlichen folgende.

Es sei unbestrittenermassen ein essentiale der Dispensation, dass sie die Anwendung eines Rechtssatzes im konkreten Falle verhindere; dies treffe aber bei der Begnadigung nicht zu; wenn z. B. jemand, der einen Mord begangen habe, begnadigt werde, so bewirke dies keineswegs eine Nichtanwendung des § 211 St. G.B. auf den betreffenden Fall; die Handlung sei und bleibe strafbar; der Delinquent werde angeklagt und verurteilt; § 211 komme also sehr wohl zur Anwendung; nur eine Wirkung desselben, nämlich die Vollstreckung des rechtskräftigen Urteils, werde ausgeschlossen. Eine Dispensation würde nur dann vorliegen, wenn § 211 trotz des vorhandenen Thatbestandes überhaupt keine Wirkung entfalten würde[5]).

Diese Beweisausführung hat prima facie viel Bestechendes an sich, stellt sich jedoch bei näherer Prüfung als fehlerhaft heraus.

Wenn die Gegner hervorheben, die Dispensation setze eine Rechtsnorm ausser Anwendung, die Begnadigung dagegen setze den betreffenden § des St. G. B. nicht ausser Anwendung, sondern beseitige nur eine seiner Wirkungen, so ist dies vollständig richtig, berechtigt aber durchaus nicht zu dem Schlusse, dass die Begnadigung überhaupt keine Dispensation ist, sondern logischerweise nur zu dem, dass die Begnadigung keine Dispensation

um die positive Beseitigung von Rechtswirkungen handle, welche das verletzte Strafgesetz in seiner Anwendung durch das Strafurteil auf einen speciellen Fall herbeigeführt habe, eine Dispensation aber nur negativ wirken könne. — Allein letzteres ist bei der Begnadigung stets der Fall; nicht um Beseitigung von Rechtswirkungen des Strafgesetzes handelt es sich bei derselben, sondern um eine Verhinderung ihres Eintritts, also eine rein negative Wirkung. Vgl. oben § 3. Dies gilt auch von der sog. Rehabilition (Wiederherstellung der Ehrenrechte.) Correkterweise sollte man nicht — positiv — von Wiederherstellung der Ehrenrechte, sondern — negativ — von Hintanhaltung der Fortdauer ihres Verlustes sprechen.

[5]) Arndt Verordnungsrecht, S. 234, 235 und im Deutschen Wochenblatt 1890, S. 610 a. E. 611 a. A., Laband Arch. f. öff. R. VII, S. 193 und St. R. des Dt. R. II, S. 480 f., Joel Annalen 1891, S. 419, Curtius Annalen 1893, S. 689 ff.

von dem betreffenden Paragraphen des St. G. B. ist. Ob sie aber nicht die Dispensation von irgend einer anderen Norm ist, das ist eine Frage, die hiernach gänzlich offen bleibt.

Die wirkliche Sachlage lässt sich am besten an einem Beispiel klar machen.

Wenn ein wegen Mordes zum Tode Verurteilter begnadigt wird, so hindert dies keineswegs, dass § 211 St. G. B. zur Anwendung kommt. Der Delinquent wird strafrechtlich verfolgt, angeklagt und zum Tode verurteilt, und nur die Vollstreckung der Todesstrafe wird verhindert. Eine Dispensation von der ganzen Bestimmung des § 211 St. G. B. ist also die Begnadigung eines wegen Mordes zum Tode Verurteilten zweifellos nicht. Aber ist es denn ausgeschlossen, dass eine andere Rechtsnorm hier Gegenstand der Dispensation ist?

§ 211 St. G. B. enthält die Bestimmung, dass derjenige, welcher vorsätzlich einen Menschen tötet, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft wird. Prüfen wir die Worte „wird mit dem Tode bestraft“ näher auf ihren Inhalt, so muss man mit Notwendigkeit zu dem Ergebnis kommen, dass dieselben lediglich eine Abkürzung darstellen, und zwar etwa für ein dreifaches:

1. Der Delinquent wird wegen Mordes strafrechtlich verfolgt,
2. Er wird zum Tode verurteilt,
3. Er wird hingerichtet.

Es stellt sich also bei näherer Prüfung heraus, dass § 211 St. G. B. nicht eine einheitliche Rechtsnorm, sondern eine Zusammenziehung mehrerer Rechtsnormen bildet, von denen eine die Strafverfolgung, die zweite die Verurteilung, die dritte die Hinrichtung anordnet. Nichts würde hindern, diese Rechtsnormen auch äusserlich dadurch zu trennen, dass man jede in einem besonderen Paragraphen ausspräche. Da indessen heutzutage bei Redaktion von Gesetzen mit Recht auf möglichst knappe Fassung Wert gelegt zu werden pflegt, ist eine derartige Zerlegung, die sich bei jedem Paragraphen wiederholen müsste, vermieden worden, was aber natürlich vom wissenschaftlichen Standpunkt aus als gleichgiltig erscheinen muss.

Wenn wir nach Vornahme dieser Zerlegung des § 211 die durch dieselbe ermittelten drei Rechtsnormen daraufhin prüfen,

ob nicht die Begnadigung eines auf Grund von § 211 Verurteilten eine Dispensation von einer dieser Normen enthält, so finden wir, dass dies bei der dritten, die Hinrichtung des Delinquenten anordnenden Norm zutrifft. Der Delinquent wird in jedem Falle verfolgt und verurteilt, d. h. die Begnadigung lässt die erste und zweite jener drei Normen unberührt; der Delinquent wird im Falle der Begnadigung nicht hingerichtet, d. h. die Begnadigung schliesst für den konkreten Fall die Anwendung jener dritten, die Hinrichtung anordnenden Norm aus, mit anderen Worten: sie dispensiert von Anwendung dieser Norm.

Analoges lässt sich selbstverständlich für jeden anderen Paragraphen des Strafgesetzbuchs, welcher an einen Thatbestand eine Strafandrohung knüpft, ausführen. Jeder derartige Paragraph lässt sich in eine die Strafverfolgung, eine zweite die Aburteilung und eine dritte die Strafvollstreckung anordnende Rechtsnorm zerlegen.

Das Resultat für unsere Untersuchung ist also folgendes: die Begnadigung ist eine Dispensation. Der von derselben betroffene Rechtssatz ist aber nicht der ganze bezügliche Paragraph des Strafgesetzbuchs, sondern nur jene dritte in demselben enthaltene die Strafvollstreckung anbefehlende Rechtsnorm. Die Unterscheidung der Gegner zwischen „Nichtanwendung" und „Ausschluss einer einzelnen Wirkung" des Gesetzes trifft das Wesen der Sache in keiner Weise; in Wahrheit ist der Unterschied der, dass in dem einen Falle die Anwendung des ganzen bezüglichen Paragraphen, in dem andern nur die Anwendung einer einzelnen der in ihm enthaltenen Rechtsnormen für den konkreten Fall ausgeschlossen wird[6]). Der Fehler der gegnerischen Auffassung liegt also darin, dass dieselbe übersieht, dass der materielle Begriff der Rechtsnormen sich nicht deckt mit dem formellen Begriff der Paragraphen eines Gesetzbuchs, welch letztere häufig nicht eine einzige, sondern mehrere Rechtsnormen zu enthalten pflegen[7]).

---

[6]) Ganz ähnlich argumentiert G. Meyer Neue Heidelb. Jahrb. I, S. 347.

[7]) Nicht zutreffend wäre es, wollte man die Begnadigung als eine Dispensation nicht von der materiellen Strafbestimmung, sondern von der mit derselben korrespondierenden strafprozessualen Rechtsnorm auffassen. Nach

Die Begnadigung ist also eine Unterart der Dispensation[8]).

Abzuweisen ist folgender Einwand, welcher dieser Auffassung gegenüber gemacht worden ist.

Wenn die Begnadigung begrifflich eine Unterart der Dispensation ist, so hat dies zur Consequenz, dass auf das Begnadigungsrecht

dieser Auffassung wäre die oben vorgenommene Zerlegung unzutreffend. § 211 St.G.B. z. B. bestimmte danach nur, dass ein materiellrechtlicher Strafanspruch besteht, ob angeklagt, verurteilt und hingerichtet werde, wäre eine ganz andere Frage, welche nicht durch das materielle Strafrecht, sondern durch das Strafprozessrecht entschieden würde. Diese Deduktion beweist nichts gegen unsere Auffassung. Richtig ist allerdings, dass § 211 nur einen materiellen Strafanspruch statuiert; allein Inhalt dieses Anspruchs ist doch eben die strafrechtliche Verfolgung, Verurteilung und Hinrichtung des Verbrechers. Das materielle Strafrecht befiehlt somit auch die Vollstreckung der Strafe an. Das Strafprozessrecht trifft nicht über das „ob", sondern nur über das „wie" der Verwirklichung des Strafanspruchs Bestimmung, d. h., um bei dem Beispiel des § 211 St.G.B. zu bleiben, die demselben entsprechenden strafprozessualen Bestimmungen der §§ 13 St.G.B, 484, 485 St P.O. ordnen nicht an, dass, sondern nur wie der Delinquent hingerichtet werden soll: die Bestimmung, dass hingerichtet werden soll, ist bereits in § 211 St.G.B. enthalten. Da nun die Begnadigung eines wegen Mordes zum Tode Verurteilten nicht das „wie" sondern das „ob" der Hinrichtung verneint, so betrifft die in derselben enthaltene Dispensation eine Norm des materiellen, nicht des formellen Strafrechts. Die Unrichtigkeit der entgegengesetzten Auffassung erkennt man am besten an ihren Consequenzen. Wäre die Begnadigung eine Dispensation nicht von der materiellen Strafrechtsnorm, sondern von den entsprechenden prozessualen Normen, so würde eine Begnadigung nur diese ausser Kraft setzen. Wenn z. B. § 13 St.G.B., welcher eine strafprozessuale Norm enthält (vgl. Olshausen, Kommentar zum St.G.B. 4. Aufl. II, S. 88), bestimmt: „Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken", so würde Begnadigung (also nach unserer Auffassung eine Dispensation von demselben) bei dem rein negativen Charakter derselben lediglich zur Folge haben, dass die Todesstrafe in dem betreffenden Falle nicht durch Enthauptung vollstreckt werden könnte, eine andere Art der Vollstreckung, soweit solche überhaupt gesetzlich zulässig, aber hierdurch nicht ausgeschlossen sein. Da nun die Begnadigung eines zum Tode Verurteilten nicht nur die Enthauptung, sondern überhaupt jede Art der Hinrichtung ausschliesst, so kann dieselbe nicht als Dispensation von einer strafprozessualen Norm, sondern nur von einer in der materiellrechtlichen Bestimmung des § 211 St.G.B. enthaltenen aufgefasst werden.

[8]) Die Behandlung des Begnadigungsrechts fiele somit im Grunde genommen in den Rahmen unserer Abhandlung. Da uns jedoch die Betrachtung der für dasselbe geltenden besonderen Normen zu weit von unserer eigent-

die für die Dispensationsgewalt geltenden Rechtsgrundsätze Anwendung finden müssen. Nun ist, wie später[9]) ausgeführt werden wird, die Dispensation ein Akt der Gesetzgebung und muss daher, soweit nichts anderes bestimmt ist, in den Formen derselben vor sich gehen. Letzteres müsste also auch für die Begnadigung als Unterart der Dispensation gelten. Im Widerspruch hiermit wurden und werden aber stets von den deutschen Staatsoberhäuptern Begnadigungsakte ohne Wahrung der Formen der Gesetzgebung, insbesondere ohne Einholung der Zustimmung der Volksvertretung vorgenommen, ohne dass jedoch von irgend einer Seite die Rechtsgiltigkeit dieser Akte angezweifelt oder das Verlangen nach Mitwirkung der Volksvertretung erhoben würde[10]).

Grundsätzlich müsste allerdings die Ausübung des Begnadigungsrechts den gesetzgebenden Faktoren zustehen — diese Consequenz der Auffassung der Begnadigung als Dispensation ist durchaus nicht abzuweisen. Indessen hat die historische Entwickelung dahin geführt, dass der gegenwärtige Rechtszustand ein anderer ist. Das Begnadigungsrecht hat seinen historischen Ausgangspunkt in der landesherrlichen Gerichtsherrlichkeit[11]). Es haben sich infolgedessen für dasselbe im Laufe der Zeit besondere Normen entwickelt, nach welchen für die Ausübung des Begnadigungsrechts andere Grundsätze gelten als für die sonstigen Bethätigungen der Gesetzgebungsgewalt und welche nach dem Grundsatze „lex specialis derogat legi generali“ den für die Dispensationsgewalt im allgemeinen geltenden Rechtsgrundsätzen natürlich vorgehen. Diese für die Begnadigung geltenden besonderen Normen teilen die Ausübung des Begnadigungsrechts nicht den gesetzgebenden Faktoren, sondern dem Landesherrn allein und unbeschränkt zu; diese Normen haben in den deutschen Einzel-

---

lichen Aufgabe abführen würde, so legen wir unserem Thema einen engeren Begriff der Dispensation, nämlich den mit Ausschluss der Begnadigung, zu Grunde und begnügen uns mit dem Nachweis, dass die Begnadigung materiell von der Dispensation nicht verschieden ist.

[9]) Vgl. § 14.

[10]) Laband, Arch. f. öffentl. R. VII, S. 192.

[11]) Stölzel, Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. II (Berlin 1888), S. 699. Vgl. Bornhak Pr.St.R. I, S. 531 und Arch. f. öff. R. VI, S. 322.

staaten teils gesetzliche Anerkennung gefunden — hierher gehört auch Preussen (Verf. Urk. Art. 49)[12]) — teils sind sie gewohnheitsrechtlich geblieben[13]).

Wenn also die Begnadigung in anderer Weise vor sich geht, als andere Dispensationen, so hat dies seinen rechtlichen Grund nicht in der vermeintlichen Verschiedenheit von Begnadigung und Dispensation, sondern in dem Vorhandensein besonderer Normen für erstere.

Ähnlich verhält es sich mit einem andern Einwand, der gegen die Unterordnung der Begnadigung unter den Dispensationsbegriff namentlich von Laband und Curtius erhoben worden ist[14]).

Wäre die Begnadigung als Dispensation anzusehen, so führt Laband aus, so hätte mit dem Erlass des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs und der Reichsstrafprozessordnung das Begnadigungsrecht der Landesherren gegenüber Reichsgesetzen strafrechtlichen Inhalts aufhören müssen[15]). Die Dispensation ist ein Akt der Gesetzgebung, sie hebt ein Gesetz in beschränkter Weise auf[16]). Folgeweise kann der Landesherr ohne Mitwirkung des oder der anderen gesetzgebenden Faktoren nur dispensieren, wenn und soweit ihm durch Gesetz Dispensationsgewalt übertragen worden ist[17]). Bezüglich der Begnadigung auf dem Gebiete des Strafrechts hat in den deutschen Einzelstaaten eine solche Übertragung, wie soeben ausgeführt, teils durch Gesetz teils durch Gewohnheitsrecht stattgefunden, (in Preussen durch Art. 49 Verf. Urk.) Diese Übertragung des Begnadigungsrechts auf den Landesherrn hat aber natürlich nur für die landesrechtlicheu, nicht auch für die reichsrechtlichen Strafgesetze Bedeutung. Der von der Reichsverfassung in Art. 2 ausgesprochene Grundsatz, dass

[12]) Bornhak Preuss. St.R. I, S. 532.

[13]) Eine Analogie bildet z. B. die Entwickelung des Ehescheidungsrechts kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit; eine derartige Ehescheidung ist (als lex specialis) ebenfalls ein Akt der Gesetzgebung, die Vornahme derselben aber war trotzdem dem Landesherrn allein vorbehalten. Vgl. Stölzel Krit. Vierteljahrsschrift XX. S. 235 f.

[14]) Laband Arch. f. öff. R. VII, S. 193 f., Curtius, Annalen 1893 S. 691 f.

[15]) Laband, Arch. f. öff. R. VII, S. 193 und St. R. d. dt. Reichs II, S. 480 f.

[16]) Vgl. § 14.

[17]) Vgl. § 15.

die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, hat zur Folge, dass kein Landesgesetz, und natürlich ebensowenig eine auf Grund landesgesetzlicher Ermächtigung ergehende landesherrliche Verordnung, ein Reichsgesetz aufheben kann[18]). Wenn also die Begnadigung als Dispensation, d. h. beschränkte Gesetzaufhebung, aufgefasst wird, so kann das Begnadigungsrecht der Landesherrn gegenüber reichsrechtlichen Strafbestimmungen nicht daraus hergeleitet werden, dass dieses Recht dem Landesherrn durch die Landesverfassung oder sonstiges Landesrecht übertragen ist. Eine solche Übertragung könnte vielmehr nur durch Reichsgesetz erfolgen. Da ein derartiges Reichsgesetz bisher nicht ergangen ist, so wäre nach vorstehendem eine landesherrliche Begnadigung von einer auf Grund reichsgesetzlicher Strafbestimmung, insbesondere auch des Reichsstrafgesetzbuchs, zuerkannten Strafe rechtlich unmöglich.

Da dieses Resultat mit der herrschenden Praxis nicht im Einklang steht, so glauben die Gegner mit vorstehender Deduktion unsere Auffassung ad absurdum geführt zu haben.

Ich glaube indessen, dass man bei Würdigung aller hier in Betracht kommenden Umstände doch bei unserer Auffassung stehen bleiben wird.

Vergegenwärtigen wir uns, wie es bei dem Zustandekommen des Reichsgesetzbuchs zugegangen ist. Man dachte damals — ebenso wie man vor kurzem bei dem Zustandekommen des Bürgerlichen Gesetzbuchs fast nur auf dessen zu erwartende Einwirkung auf das Privatrecht sein Augenmerk richtete — lediglich an die Bedeutung des einzuführenden Strafgesetzbuchs für das deutsche Strafrecht, die staatsrechtlichen Folgen desselben dürfte man sich kaum näher vergegenwärtigt haben[19]).

Nun unterliegt es m. E. keinem Zweifel, dass die ratio, der Zweck, welchen man mit der Einführung des Strafgesetzbuchs verfolgte, lediglich der war, das deutsche Strafrecht zu vereinheit-

[18]) Vgl. Haenel Dt. St. R. 1, S. 251 f.

[19]) Vgl. Laband, welcher im Vorwort zu seinem Staatsrecht d.Dt.Reichs lebhaft darüber klagt, dass die staatsrechtliche Seite der Strafgesetze bisher in der Litteratur nicht genügend Beachtung gefunden habe, ihre Behandlung vielmehr gewöhnlich von den Kriminalisten den Staatsrechtlern und von den Publizisten den Strafrechtlern überlassen werde.

lichen, nicht aber der, irgendwelche Rechte der Landesherrn zu verkürzen, dass im Gegenteil die letzteren in dem Masse, wie sie vor dem Erlass des Gesetzbuchs bestanden hatten, auch nach Einführung desselben fortbestehen sollten. Wenn man innerhalb der gesetzgebenden Faktoren sich bewusst gewesen wäre, durch Einführung des Strafgesetzbuchs das landesherrliche Begnadigungsrecht aufzuheben, so hätten bei Ausdehnung der Geltung des Strafgesetzbuchs auf die süddeutschen Staaten sicherlich der eine oder der andere derselben, namentlich Bayern, gegen eine solche Verkürzung ihrer Rechte Einspruch erhoben. Es ist also mit Bestimmtheit anzunehmen, dass man bei Einführung des Strafgesetzbuchs das landesherrliche Begnadigungsrecht nicht aufheben, sondern aufrechterhalten wollte, und man muss somit notwendigerweise einen stillschweigenden Vorbehalt des Begnadigungsrechts zu Gunsten der Landesherrn annehmen[20]).

Jedenfalls ist das Stillschweigen des Strafgesetzbuchs über Fortbestehen oder Nichtfortbestehen des landesherrlichen Begnadigungsrechts durch die Praxis usuell dahin authentisch interpretiert worden, dass dasselbe unverändert fortbesteht. Eine solche Usualinterpretation ist in der fortgesetzten unbeanstandeten Ausübung des Begnadigungsrechts durch die Landesherrn zu sehen.

Diese Auffassung ist um so unbedenklicher, als durch die Strafprozessordnung in §§ 484, 485 auch noch eine indirecte Anerkennung des Fortbestehens des landesherrlichen Begnadigungsrechts erfolgt ist.

---

[20]) Wollte man aber selbst einen solchen Vorbehalt nicht als vorhanden anerkennen und das landesherrliche Begnadigungsrecht als mit Einführung des Strafgesetzbuchs aufgehoben erachten, so würde man doch zu dem Ergebnis kommen müssen, dass dieses Recht seitdem durch Gewohnheitsrecht wieder eingeführt worden ist. Trotz der „Aufhebung des Begnadigungsrechts“ ist dasselbe nach Erlass des Strafgesetzbuchs ununterbrochen und unangefochten durch den Landesherrn ausgeübt worden, und zweifellos in der Meinung, dass es so rechtens sei. Langjährige fortdauernde Übung und opinio necessitatis sind somit vorhanden. Ich bin durchaus der Ansicht, dass man mit der Annahme der Existenz eines Gewohnheitsrechts sehr vorsichtig sein und dieselbe im Zweifel lieber verneinen als bejahen sollte, ich glaube aber, dass, wenn irgendwo die Annahme eines Gewohnheitsrechts berechtigt ist, hier ein solcher Fall vorliegt. Das landesherrliche Begnadigungsrecht muss also als auf gewohnheitsrechtlichem Wege wieder eingeführt gelten — wenn man es überhaupt als durch das Strafgesetzbuch aufgehoben ansieht.

Übrigens ist das Begnadigungsrecht nicht die einzige landesherrliche Prärogative, welche durch das Strafgesetzbuch scheinbar beseitigt ist, trotzdem aber allgemein als fortbestehend betrachtet wird; genau ebenso liegt es vielmehr z. B. bezüglich der strafrechtlichen Unverantwortlichkeit des Landesherrn. Die Landesverfassungen — ebensowenig natürlich sonstige Landesgesetze — vermögen den Landesherrn diese Immunität gegenüber reichsrechtlichen Strafbestimmungen nicht zu gewährleisten. Auch hier wird man zu einem der Praxis entsprechenden Resultat nur dann kommen können, wenn man aus dem Umstande, dass das Strafgesetzbuch nicht die Verkürzung landesherrlicher Rechte bezweckte, einen stillschweigenden Vorbehalt der landesherrlichen Immunität herleitet. Auch an dem Fortbestehen der letzteren ist bisher von keiner Seite ein Zweifel erhoben worden. Erwägt man dies, so erregt der von Laband und Curtius erhobene Einwand weniger Bedenken gegen unsere Auffassung, als dies prima facie wohl der Fall sein könnte.

Das Resultat ist also, um es noch einmal kurz zusammenzufassen, folgendes:

Die Begnadigung ist nichts anderes als eine Unterart der Dispensation. Das Begnadigungsrecht nimmt jedoch gegenüber andern Bethätigungen der Dispensationsgewalt insofern eine Sonderstellung ein, als seine Ausübung von besonderen Normen geregelt wird[22]).

---

[22]) Die Abolition, welche im Gegensatz zu der lediglich die Strafvollstreckung hemmenden Begnadigung im engeren Sinne die ganze Strafverfolgung ausschliesst, ist wie jene eine Unterart der Dispensation. Nur ist hier der Rechtssatz, von welchem dispensiert wird, nicht, wie bei der Begnadigung, die in dem betreffenden Paragraphen enthaltene, die Strafvollstreckung anordnende Norm, sondern die Abolition ist eine Dispensation vom ganzen Strafgesetz, während die dem letzteren zu Grunde liegende sog. Norm (Binding, die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl. 1890 I besonders S. 132 ff.) unberührt bleibt. Wenn z. B. jemand einen Diebstahl begangen hat und Abolition eintritt, so wird weder angeklagt noch verurteilt noch die Strafe vollstreckt, d. h. der ganze § 242 St.G.B., nicht nur die in ihm enthaltene die Strafvollstreckung anbefehlende Rechtsnorm, wird ausser Kraft gesetzt, dagegen wird keineswegs der begangene Diebstahl nachträglich für eine erlaubte Handlung erklärt, d. h. die dem § 242 zu Grunde liegende sog. Norm (vgl. Binding a. a. O.) welche den Diebstahl verbietet, bleibt von der Dispensation unberührt.

Litteratur.

1) Arndt, Das Verordnungsrecht des deutschen Reichs, 1884.
2) Dsb., Kann die Krone Preussen im Gnadenwege und ohne Genehmigung des Landtages auf Einnahmen verzichten, welche auf Steuer- oder Stempelgesetzen beruhen? im Deutschen Wochenblatt III. Jahrgang 1890.
3) Dsb., Verfassung des deutschen Reichs, 1895.
4) Böhmer, Exercitationes ad Pandectas, Tom. I 1745.
5) Bornhak, Preussisches Staatsrecht, Bd. I 1888.
6) Dsb., Das Recht des Königs zum Steuererlass in Preussen, im Archiv für öffentliches Recht Bd. VI 1891.
7) Cosack, Das Staatsrecht des Grossherzogtums Hessen, im Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. III Halbbd. I Abt. III 2. Aufl. 1894.
8) Cox, Die Staatseinrichtungen Englands, 1867.
9) Curtius, Beiträge zur Erörterung der Frage nach dem derzeitigen Umfang der Kronenrechte in Preussen unter besonderer Berücksichtigung des Königlichen Steuererlassrechtes, in den Annalen des deutschen Reichs 1893.
10) Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 4. Aufl. 1895.
11) Gaupp, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, in Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. III Halbb. I Abt. II 1884.
12) v. Gerber, Ueber Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1871.
13) Dsb., Gesammelte juristische Abhandlungen, Heft II 1872.
14) Dsb., Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. 1865 und 3. Aufl. 1880.
15) Gneist, Das englische Verwaltungsrecht, Bd. I 3. Aufl. 1883.
16) Grotefend, Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, 1869.
17) Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I 1892, in Binding's Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.
18) Hinschius, System des katholischen Kirchenrechts, Bd. III 1883.
19) Dsb., Artikel „Dispensation" und „Privilegium" in Frhr. v. Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. I und II 1889/90.
20) Jacobson, Artikel „Dispensation" in Weiske's Rechtslexion Bd. III 2. Ausg. 1844.
21) Jargow, Einleitung zu der Lehre von den Regalien, 1726.
22) Joël, Die justifizierenden Kabinetsordres, in den Annalen den deutschen Reichs, 1888.

23) Dsb., Der gnadenweise Erlass von Steuern und Stempeln, in den Annalen des deutschen Reichs 1891.
24) Dsb., Das Gnadenrecht in Finanzsachen, in den Annalen des deutschen Reichs 1892.
25) v. Kirchenheim, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, in seiner Handbibliotbek des öffentlichen Rechts Bd. I 1887.
26) Klüber, Oeffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 1840.
27) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. II 2. Aufl. 1891.
28) Dsb., Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preussischem Recht, im Archiv für öffentliches Recht Bd. VII 1892.
29) Landgraff, Die Einwanderung der Prinzessin Bauffremont, in den Annalen des deutschen Reichs 1876.
30) Leist, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1803.
31) Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884.
32) E. Meier, Artikel „Dispensationsrecht“ in v. Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. I 3. Aufl. 1880.
33) G. Meyer, Die Verhandlungen des preussischen Abgeordnetenhauses über den Erlass von Stempelsteuern für Fideikommisse, in den Neuen Heidelberger Jahrbüchern Jahrgang I 1891.
34) Dsb., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Th. II 2. Aufl. 1894.
35) Dsb., Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. 1885 und 5. Aufl. 1899.
36) v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg., Th. I 2. Aufl. 1840.
37) Dsb., Das deutsche Reichsstaatsrecht, 1873.
38) Moser, Von der Landeshoheit in Regierungssachen, 1772.
39) Dsb., Von der Landeshoheit in Gnadensachen, 1773.
40) Panormitanus, Super Decretal. Bd. I—III 1562.
41) Phillips, Kirchenrecht, Bd. V 1857.
42) Pözl, Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, 1851.
43) v. Rönne, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie, Bd. I Abt. I 3. Aufl. 1869 und Bde. I und IV 4. Aufl. 1881/84.
44) v. Sarwey, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd. II 1883.
45) v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts, Bd. I 1886.
46) v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht, 1882.
47) Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Bd. I 1881.
48) Dsb., Das preussische Staatsrecht, Bd. II 2. Aufl. 1890.
49) Schwartz, Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat, 2. Ausgabe, 1898.
50) Seydel, Bayerisches Staatsrecht, Bd. III 1887.
51) Frh. v. Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preussen, in Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. II Abt. III 2. Aufl. 1894.
52) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten, Bd. I 1891.
53) Stiegler, Dispensation und Dispensationswesen in ihrer geschichtlichen Entwickelung, im Archiv für katholisches Kirchenrecht Bde. 77 und 78, 1897/98.

54) Stölzel, Anzeige von Wasserschleben's „Das Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit“ in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. XX 1878.
55) Dsb., Anzeige von Wasserschleben's „Das Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit“ (Zweiter Beitrag) in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. XXIV 1880.
56) Todd, Ueber die parlamentische Regierung in England, Bd. I 1869.
57) Thomassin, De Disciplina Ecclesiae, Part. II.
58) Ulbrich, Der Rechtsbegriff der Verwaltung, in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. IX 1882.
59) Dsb., Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts, 1883.
60) Weiss, System des deutschen Staatsrechts, 1843.
61) Wolff, Jus naturae, Th. VIII, 1748.
62) Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Th. II 3. Aufl. 1867.
63) Zoepfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Th. II 5. Aufl. 1863.

Lebenslauf.

Am 9. Januar 1878 wurde ich, Martin Julius Steinitz, als Sohn des Kaufmanns Siegfried Steinitz und seiner Ehefrau Selma geb. Friedenstein in Beuthen O/S. geboren. Von Ostern 1887 bis Ostern 1896 besuchte ich das Gymnasium meiner Vaterstadt und bestand daselbst Ostern 1893 die Abschlussprüfung, Ostern 1896 die Reifeprüfung. Ich studierte Rechtswissenschaft und Staatswissenschaften an den Universitäten: Breslau von Ostern bis Michaelis 1896, Berlin von Michaelis 1896 bis Michaelis 1897, Breslau von Michaelis 1897 bis Ostern 1899. Am 31. Mai 1899 bestand ich in Breslau die erste juristische Staats-Prüfung, am 1. Juli 1899 ebenda das examen rigorosum. Am 10. Juni 1899 wurde ich bei dem Amtsgericht in Parchwitz als Referendar vereidigt, woselbst ich beschäftigt war, bis ich vom 16. März 1900 ab an das Landgericht in Breslau versetzt wurde. Seit dem 1. Oktober 1900 genüge ich meiner Militärpflicht als Einjährig-Freiwilliger bei dem Grenadierregiment König Friedrich III. (2. Schles.) Nr. 11.

Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen und Übungen der Herrn Professoren und Dozenten:

Beling, Bennecke †, Bohn, Brie, Brunner, Dahn, Dernburg, Eck, Elster, Fischer, Friedländer, Heymann, Hübler Jörs, Kohler, Leonhard, Muther, Erich Schmidt, Sombart und Wagner.

Allen diesen meinen verehrten Lehrern spreche ich hierdurch meinen Dank aus. Besonderen Dank schulde ich Herrn Geheimrat Brie für reiche wissenschaftliche Förderung und für die wertvollen Ratschläge, die er mir bei Abfassung der vorliegenden Arbeit erteilt hat.

Thesen.

1. Ein durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Dispensation und Privileg lässt sich nicht aufstellen.

2. Der Steuererlass ist eine Unterart der Dispensation.

3. Bei streitiger Klagforderung und unstreitiger Gegenforderung ist im Civilprozess über Bestehen oder Nichtbestehen der ersteren kein Beweis zu erheben.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.